

**IX ENCONTRO INTERNACIONAL DO
CONPEDI QUITO - EQUADOR**

**NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-
AMERICANO II**

MARIA CLAUDIA DA SILVA ANTUNES DE SOUZA

JERÔNIMO SIQUEIRA TYBUSCH

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSC – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

N935

Novo Constitucionalismo Latino-Americano II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UASB

Coordenadores: Jerônimo Siqueira Tybusch; Maria Cláudia da Silva Antunes de Souza; Ramiro Ávila Santamaría. – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-678-9

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Pesquisa empírica em Direito: o Novo Constitucionalismo Latino-americano e os desafios para a Teoria do Direito, a Teoria do Estado e o Ensino do Direito

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. IX Encontro Internacional do CONPEDI (9 : 2018 : Quito/ EC, Brasil).

CDU: 34



IX ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI QUITO - EQUADOR

NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO II

Apresentação

O Grupo de Trabalho Novo Constitucionalismo Latino-Americano II contou com a apresentação de 13 trabalhos de altíssima qualidade, envolvendo uma gama extremamente complexa de abordagem dentro da área central do constitucionalismo Latino-Americano. As temáticas envolveram elementos como Poder Constituinte, Democracia, Tutela das Famílias, Alteridade, Emancipação, Protagonismo Indígena, Dignidade, Decisão Jurídica, Função Social da Propriedade, Fraternidade, Sustentabilidade, Estado-Nação e Movimentos Sociais. Os mais apresentadores dos artigos são originários de diferentes países da América Latina e vinculavam-se à diversas universidades como Universidad de las Americas - UDLA (Equador), Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA (Brasil), Universidad de Cuenca – UCUENCA (Equador), Universidad Andina Simón Bolívar – UASB (Equador), Universidad del Azuay – UDA (Equador), Universidad Autónoma Gabriel René Moreno – UAGRM (Bolívia), Universidade de São Paulo – USP (Brasil), Universidade Federal de Santa Maria – UFSM (Brasil), Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI (Brasil), Universidad Central del Ecuador – UCE (Equador), Pontificia Universidad Católica del Ecuador – PUCE (Equador), Tribunal Contencioso Electoral del Ecuador, Universidade Federal de Goiás – UFG (Brasil), Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP (Brasil), Universidade Federal de Roraima – UFRR (Brasil), entre outras. Nesse sentido, reputamos como extremamente válido o encontro e debates realizados no âmbito do presente Grupo de Trabalho, servindo como espaço para formação de redes acadêmicas, produção científica, crítica e de relevância, na área do Direito e interdisciplinaridade junto às ciências sociais e humanas , bem como fortalecimento dos laços de integração na América Latina e Caribe.

Prof.Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM (Brasil)

Prof.^a Dr.^a Maria Cláudia da Silva Antunes de Souza - UNIVALI (Brasil)

Prof. Dr. Ramiro Ávila Santamaría - UASB (Equador)

A TUTELA DAS FAMÍLIAS À LUZ DO NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO: O RECONHECIMENTO DA DIFERENÇA E DAS DIFERENTES FORMAÇÕES FAMILIARES

THE CARE OF FAMILIES IN THE LIGHT OF THE NEW LATIN AMERICAN CONSTITUTIONALISM: THE RECOGNITION OF DIFFERENCE AND DIFFERENT FAMILY FORMATIONS

Andréia Garcia Martin ¹

Frederico Thales de Araújo Martos ²

Resumo

A evidente tutela constitucional dos diferentes na Constituição de 1988 é suplantada pela adoção de um perfil dominador, de uniformização dos comportamentos sociais de seus interpretes e aplicadores. Fator que colabora para a reiterada omissão de proteção das diferentes formações familiares. Diante deste problema, valemo-nos da teorização e prática do novo constitucionalismo latino-americano visando promover um aspecto mais democrático, participativo, pluralista e inclusivo, no afã de reconhecer e tutelar adequadamente as novas formações familiares. Por métodos, adotamos o raciocínio analógico e o tipo de pesquisa: bibliográfica e documental.

Palavras-chave: Direito das famílias, Reconhecimento e tutela das diferenças, Novo constitucionalismo democrático latino-americano, Pluralismo, Participação democrática

Abstract/Resumen/Résumé

The evident constitutional tutelage of the different ones in the Constitution of 1988 is supplanted by the adoption of a dominant profile, of standardization of the social behaviors of its interpreters and applicators. Factor that contributes to the repeated omission of protection of the different family formations. Faced with this problem, we use the theorizing and practice of the new Latin American constitutionalism in order to promote a more democratic, participatory, pluralistic and inclusive aspect, in the effort to recognize and adequately protect new family formations. We adopt the analogical reasoning and the type of research: bibliographical and documentary.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Family law, Recognition and guardianship of differences, New latin american democratic constitutionalism, Pluralism, Democratic participation

¹ Doutora em Direito Constitucional pela PUC/SP. Mestre em Direito pela ITE-Bauru/SP. Docente Universitária da UEMG - Unidade Frutal e IMES/FAFICA - Catanduva/SP. Advogada.

² Doutor em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito - FADISP (2014). Professor da Graduação da Faculdade de Direito de Franca - FDF (2016) na UEMG/Frutal (2018).

*“Que nada nos defina.
Que nada nos sujeite.
Que a liberdade seja a nossa própria substância”.*
Simone de Beauvoir

INTRODUÇÃO

O constitucionalismo, desde seu advento no século XVIII, experimentou várias roupagens, tais como liberal e social, vindo a consagrar, na Constituição Federal de 1988, sua faceta democrática.

No âmbito da América Latina, excetuado o Brasil, a faceta democrática deste constitucionalismo proporcionou o surgimento do novo constitucionalismo democrático latino-americano, fundado na ideia de pluralismo, de participação, de solidariedade, de respeito à diferença.

Todavia, apesar da Constituição de 1988, cognominada Carta Cidadã, fomentar a tutela dos mais variados grupos vulneráveis e minorias presentes na sociedade (crianças, idosos, mulheres, pessoas com deficiência, indígenas, consumidores, etc.), adotar como fundamento do Estado o princípio da dignidade da pessoa humana, bem como elencar os objetivos a serem alcançados pelo Estado como a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, que busca promover o bem de todos, sem qualquer forma de discriminação, ainda forja, em sua sistemática, um perfil dominador, de uniformização, de assujeitamento, de naturalização e de normalização de comportamentos sociais.

Fato é que tal perfil, sustentado por nossa Constituição e apoiada por algumas camadas conservadoras da sociedade e de nossos representantes estatais, compõem um paradoxo. Pois, ao mesmo tempo em que há, em algumas partes da Carta Magna, a ideia de inclusão social e de reconhecimento da diferença, por outro lado, constata-se uma previsão mais rígida, resultado de típica trajetória histórica de mais de trezentos anos na situação de colonizados. Nesse sentido, vislumbra-se na redação do art. 226 da Constituição Federal vigente a confirmação desta ideia, *in verbis*:

- Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
- § 1º O casamento é civil e gratuita a celebração.
- § 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.
- § 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.
- § 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.
- § 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.
- § 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

§ 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

Desta forma, por decorrência do entendimento restrito e de dominação que se visualiza na literalidade neste dispositivo é que se sustenta o problema desta pesquisa, pois se verifica o intuito de uniformização dos comportamentos e a concepção de família segundo o modelo do patriarcado europeu, constata-se a ausência de uma tutela mais efetiva e abrangente, até mesmo por meio de um documento legal, que inexistente até o presente momento, para tutelar as diferentes formações de famílias na sociedade que sempre se mostrou aberta, pluralista, democrática e inclusiva.

Assim, considerando que as famílias se constituem em uma garantia institucional, com resguardo constitucional e detentora de especial proteção do Estado, a observância da tutela das famílias com fulcro no novo constitucionalismo latino-americano dirige-se ao reconhecimento da diferença e a formação igualitária do ordenamento jurídico. O constitucionalismo tradicional fomenta a homogeneização dos direitos e garantias, fator que corrobora para a impossibilidade que os diferentes tenham acesso à participação nas decisões e na construção do Direito.

O novo constitucionalismo latino-americano permite pressupor que o mandamento constitucional e a legislação ordinária respeitam a pluralidade, consagrando aos diversos grupos, o direito de criarem os seus direitos, bem como respeitar e garantir a tutela das diversas formas (e formações) familiares.

Para esta pesquisa é adotado o tipo de raciocínio analógico, fazendo uso da teoria e das práticas do novo constitucionalismo latino-americano. Encampa o objeto do presente artigo a reflexão sobre a possibilidade da tutela das diversas formações familiares presentes na sociedade brasileira, vez que desta forma ficou demonstrado a ruptura com padrões e uniformizações de comportamentos sociais usualmente adotados.

O presente trabalho tem como resultado uma pesquisa qualitativa e bibliográfica, utilizando literatura jurídica pátria e estrangeira com a finalidade de analisar, de forma crítica, a pluralidade de formas de Constituição de família e a sua tutela constitucional.

1 CONSTITUCIONALISMO TRADICIONAL *VERSUS* NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO: MAIS DO MESMO?

A ruptura com o autoritarismo monárquico, ocorrida em fins do século XVIII, pugnou pelo surgimento de um documento que fundasse um novo Estado hasteado pelas ideias de limitação do poder, separação das funções estatais e os direitos fundamentais.

[...] na ideia da submissão dos poderes públicos a uma série de normas superiores que, nas atuais Constituições, sancionam direitos fundamentais. Nesse sentido, o constitucionalismo equivale, como sistema jurídico, a um conjunto de limites e de vínculos impostos a todos os poderes, inclusive àquele legislativo; e, como teoria do direito, a uma concepção de validade das leis que não é mais ancorada apenas na conformidade das suas formas às normas procedurais sobre a sua elaboração, mas também à coerência dos seus conteúdos com os princípios de justiça constitucionalmente estabelecidos. (FERRAJOLI, 2010, p. 1).

Este Estado evidenciado pelo indicador de ser Estado de Direito é decorrência do movimento político, social e jurídico conhecido como constitucionalismo. O marco deste movimento é representado pela Constituição Americana de 1787 e a Revolução Francesa de 1789.

Sob um viés sociológico, o constitucionalismo surge como “um movimento social que dá sustentação à limitação do poder, inviabilizando que os governantes possam fazer prevalecer seus interesses e regras” (CARVALHO, 2006, p. 231).

Nesta primeira aparição, o constitucionalismo toma uma feição liberal, tendo como traços mais marcantes deste movimento a prevalência dos direitos de liberdade e a limitação e divisão dos poderes daqueles que exerciam as funções estatais.

Neste sentido, Ingo Sarlet *et al.* aduzem que:

As exigências do ideário liberal-burguês foram delineadas na Declaração de Direitos, documento jurídico que representava ao mesmo tempo um manifesto contra a sociedade hierárquica e os privilégios da nobreza, muito embora estivesse longe de poder ser considerado um libelo em prol de uma sociedade democrática e igualitária. O ideal era a formação de um Estado secular, que assegurasse as liberdades civis e as garantias para a empresa privada, e de um governo de contribuintes e proprietários, elevando-se a propriedade privada à condição de direito natural, sagrado, inalienável e inviolável (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2017, p. 55).

Contudo, a preservação apenas dos direitos de liberdade torna-se insuficiente para alcançar as necessidades mínimas de realização humana, exigindo a evolução crítica ao tratamento do tema. Nesse sentido, importante enfatizar as lições trazidas por Bobbio (1992, p. 5), ao explanar que:

Os Direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são Direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez. [...] O reconhecimento e a proteção dos Direitos do homem estão na base das Constituições democráticas modernas.

A Primeira Guerra Mundial (1914-1918) representou um marco importante dentro da evolução da compreensão da conformidade da estrutura das Constituições. Este grande

acontecimento bélico colaborou para que os agentes políticos enxergassem a importância de inserir na estrutura constitucional preceitos da ordem econômica e social, de forma a possibilitar uma maior proteção do Estado em tais relações.

A Constituição do México, de 1917, foi precursora ao dar importância às questões de ordem econômica e social, visto que o tema foi abordado de forma ampla, sistematizada e analítica em seu bojo. Esta Constituição não só reconheceu os direitos sociais e econômicos como também lhes conferiu proteção constitucional, inovando os modelos constitucionais até então existentes (MARTOS, 2015, p. 54-55).

Todavia, embora seja a Constituição Mexicana o marco cronológico de tratamento constitucional da ordem econômica e social, na perspectiva histórica, a principal legislação que surgiu abordando essa temática foi a Constituição Alemã (da República de Weimar), de 1919, em razão de sua maior repercussão e, conseqüentemente, influência em outros países.

Contudo, independentemente da exata importância de cada uma, pode-se afirmar que a experiência mexicana e a alemã indicam a introdução dos direitos sociais e econômicos de maneira sólida na estrutura constitucional, inaugurando a fase do Constitucionalismo Social (“Estado Social de Direito”).

Em que pese tais Constituições terem promovido um patamar de ganhos sociais nunca experimentado pelas sociedades, qualquer proveito em matéria de direitos fundamentais sucumbiu por obra da Segunda Guerra Mundial (1939-1945), ocasião em que foi vivenciado a mais forte e dura desconsideração do ser humano da história da humanidade, em seus mais diversos aspectos. Ocorrendo a própria coisificação do ser, em razão de suas diferenças, seja por possuir uma determinada religião, seja por ter certa nacionalidade.

Com o final da Segunda Guerra Mundial, foi criada a Organização das Nações Unidas - ONU (1945) e, em 1948, foi instituída a Declaração Universal dos Direitos Humanos, oportunidade histórica de retomada dos ideais franceses sob a tutela dos direitos basilares do homem em sociedade (liberdade, igualdade e fraternidade). Nesse contexto, verifica-se, também, a solidificação do princípio-matriz da dignidade da pessoa humana, no empenho em garantir às pessoas o valor da condição de seres humanos.

Por este documento e por seus reflexos nas Constituições dos mais variados Estados, é possível consignar o surgimento da terceira fase do constitucionalismo, o Constitucionalismo Social-Democrático (ou Neoconstitucionalismo), que tem como resultado a disseminação do Estado Constitucional de Direito.

A partir desses fundamentos, no início do século XXI, a doutrina passa a discutir o neoconstitucionalismo, uma nova perspectiva para o constitucionalismo. Sendo assim, “a partir do momento em que valores e opções políticas transformaram-se em normas jurídicas, tornou-se indispensável desenvolver uma dogmática específica capaz de conferir eficácia jurídica a tais elementos normativos”, especialmente sob a égide do princípio da Dignidade da Pessoa Humana (BARCELLOS, 2007, p. 5).

A dignidade da pessoa humana representa vetor para a consecução material dos direitos fundamentais, estando assegurada apenas quando proporcionado ao ser humano uma existência compatível com uma vida digna, estando presentes, no mínimo educação, saúde e segurança.

A dignidade da pessoa humana denota um valor constitucional supremo, pois representa o próprio núcleo axiológico da Constituição, em torno do qual gravitam os direitos fundamentais, e norteia a interpretação e a aplicação de outras normas.

Assim sendo, não é possível ao intérprete atribuir à norma jurídica conteúdo que atente contra o princípio da dignidade da pessoa humana por se tratar de postulado formador da base do Estado Democrático de Direito.

Portanto, em se tratando de postulado central do Estado Democrático de Direito, o qual devem convergir os poderes estatais, a legislação e a sua aplicação devem se moldar harmoniosamente com a dignidade da pessoa humana.

Ademais, convém ressaltar que o movimento neoconstitucionalista não foi unívoco no mundo, mas fruto de uma ideologia ocidental, fundada na uniformização de valores presentes na sociedade, bem como na normalização dos comportamentos sociais. Na experiência brasileira, o neoconstitucionalismo só ganhou vulto a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988 que ficou conhecida como “Constituição Cidadã”, em face de sua preocupação em estabelecer garantias e direitos fundamentais à sociedade. Mendes (2004, p. 1) explica que:

A Constituição Brasileira de 1988 atribuiu significado ímpar aos direitos individuais. A colocação do catálogo dos direitos fundamentais no início do texto constitucional denota a intenção do constituinte de emprestar-lhes significado especial. A amplitude conferida ao texto, que se desdobra em setenta e sete incisos e dois parágrafos (art. 5º), reforça a impressão sobre a posição de destaque que o constituinte quis outorgar a esses direitos. A ideia de que os direitos individuais devem ter eficácia imediata ressalta a vinculação direta dos órgãos estatais a esses direitos e o seu dever de guardar-lhes estrita observância.

Neste sentido, apesar da Constituição Federal de 1988 ser precursora do neoconstitucionalismo no Brasil, tutelando em certos pontos do texto constitucional a tutela de alguns grupos vulneráveis. No lado oposto, é possível evidenciar algumas falhas, a

exemplo do teor do art. 226, que ao mesmo tempo em que eleva a família como a base da sociedade, merecendo especial proteção do Estado, na compreensão da literalidade de seus parágrafos fica expresso a herança dos históricos padrões familiares rígidos, reflexo dos padrões uniformizadores da tradição casamentaria na era colonial.

Nesta senda, de maneira contrária, o desenvolvimento do novo constitucionalismo latino-americano é diferente, em nada se assemelhando quer com o constitucionalismo liberal ou social, quer com o neoconstitucionalismo tratado acima. Assim, passa-se no item a seguir tratando do novo constitucionalismo latino americano.

1.1 O Novo Constitucionalismo Latino-Americano: A refundação do Estado Constitucional de Direito

O novo constitucionalismo latino-americano trata-se de um movimento que surgiu no âmbito social, diferenciando-se do constitucionalismo ou do neoconstitucionalismo já que estes representariam uma teoria do direito, que buscam um exame da dimensão positiva do Texto Constitucional, sem rupturas, mas outorgando ao Estado de Direito a qualidade de Estado Constitucional de Direito.

Depreende-se assim, que o novo constitucionalismo latino-americano representa um movimento constitucional, não chegando a ser um modelo acabado, já que se encontra em reiterado processo de formação, transformação e aperfeiçoamento. Ademais, sua incidência é social, não provem do ambiente acadêmico, como se verifica no neoconstitucionalismo, mas é obra de demandas e reivindicações surgidas na sociedade.

A influência deste movimento ganhou maior concretude a partir da última década do século XX e do início do século XXI, ocasião em que algumas Constituições da América Latina passaram a fundamentar seus conteúdos na concepção deste novo constitucionalismo.

Neste sentido, apesar do novo constitucionalismo latino-americano não se apresentar como um modelo teórico finalizado, alguns autores o delimitaram, tanto como base nas aplicações concretas, como por obra de sua introdução nas Constituições latino-americanas.

A base teórica do novo constitucionalismo latino-americano tem por expoente o autor argentino Roberto José Dromi¹. Em relevante análise, o citado autor elenca seis

¹ Para este movimento, o citado autor utiliza a terminologia “*constitucionalismo do porvir*” (DROMI, 1997).

valores que devem ser levados em consideração nas Constituições para que estes documentos se quedem em conformidade com o “porvir”, a saber: verdade, solidariedade, consenso, continuidade, participação, integração e universalização.

O valor verdade revela-se na ideia de que uma Constituição não deve conter o que não possa realizar, devendo, pois, ser mais efetiva possível, visando a promoção de maior confiança e segurança à sociedade. A solidariedade representaria uma concepção dilatada de igualdade, buscando abarcar os mais diferentes grupos e abranger suas diferenças, fomentando o alcance da justiça social e a concretização da dignidade humana. Fatores que corroboram para o maior respeito às minorias e grupos vulneráveis, a redução das desigualdades e a ampliação do exercício da tolerância. Por meio do consenso firma-se entendimento de que uma Constituição deve ser resultado de participações de decisões democráticas, possibilitando o dissenso e o diálogo mediado. A continuidade tem relação com a proibição de se esquecer das conquistas anteriormente alcançadas, evitando-se o retrocesso. A participação implica na previsão de instrumentos para que os cidadãos possam participar das escolhas do Estado, bem como fiscalizar e controlar as ações dos representantes do Estado. A integração trata-se da cooperação entre os povos. E, por fim, pela universalidade, este constitucionalismo deverá corroborar para que os direitos fundamentais alcancem todas as pessoas, como forma de proporcionar o próprio respeito à dignidade humana (DROMI, 1997).

Sob um âmbito mais concreto, outorgando um viés temporal, Fajardo (2011, p. 141) delinea três ciclos pelos quais passaram as Constituições latino-americanas a partir da década de 1980, são eles: a) o constitucionalismo multicultural (1982-1988); b) o constitucionalismo pluricultural (1989-2005), e; c) o constitucionalismo plurinacional (2006-2009).

Na primeira etapa do ciclo, o constitucionalismo multicultural, explicita que “as Constituições introduzem o conceito de diversidade cultural, o reconhecimento da configuração multicultural e multilíngue, o direito – individual e coletivo – à identidade cultural e a alguns direitos indígenas específicos²” (FAJARDO, 2011, p. 141). Nessa perspectiva, encontra-se alguns expoentes, a saber: as Constituições da Guatemala (1985), da Nicarágua (1987) e a do Brasil (1988).

Já no período pluricultural, ao mesmo tempo em que mantém o multiculturalismo já alcançado na primeira etapa dos ciclos, ainda se somam os conceitos de “nação

² Tradução livre do autor.

multiétnica e de Estado pluricultural”, bem como “fórmulas de pluralismo jurídico que logram romper a identidade Estado-direito ou o monismo jurídico, isto é, a ideia de que só é 'direito' o sistema de normas produzidos pelos órgãos soberanos do Estado³” (FAJARDO, 2011, p. 142). São exemplos desta etapa, as Constituições da Colômbia (1991), do México (1992), do Peru (1993), da Bolívia (1994), da Argentina (1994), do Equador (1996 e 1998) e da Venezuela.

Na terceira etapa do ciclo, tem-se o constitucionalismo plurinacional, que tem como expressões mais fortes as Constituições da Bolívia (2006-2009) e do Equador (2008). Esta etapa coroa a mais alta tutela dos direitos, consignando como verdadeira expressão de tutela das diferenças e das minorias. No entender de Fajardo (2011, p. 149), “os povos indígenas são reconhecidos não somente como ‘culturas diferentes’, mas como nações originárias ou nacionalidades com autodeterminação ou livre determinação⁴”.

Por se assegurar tais valores numa Constituição verificam-se as condições de tornar possível um constitucionalismo que não seja aquele que prevaleceu por mais de trezentos anos na América-Latina e ainda prevalece em parte do ordenamento jurídico brasileiro.⁵

Ora, sob o âmbito histórico, considerando o desenvolvimento da legislação,⁶ em particular a do Brasil, é consabido que a mera independência das colônias existentes na América Latina “não representou no início do século XIX uma mudança total e definitiva com relação à Espanha e Portugal, mas tão somente uma reestruturação, sem uma ruptura significativa na ordem social, econômica e político-constitucional”. (WOLKMER, 2010, p. 145).

Ora, enquanto “a importação de estruturas coloniais assimiladas pelas elites locais (matrizes eurocêntricas e norte-americana) tem favorecido e alimentado formas de dominação econômica e de exclusão social, inviabilizando o desenvolvimento de uma

³ Tradução livre do autor.

⁴ Tradução livre do autor.

⁵ Enquanto no Brasil a dominação, em regra, foi estritamente portuguesa (considerada certa alternância com espanhóis), mas consideradas as influências culturais, religiosas e comunicativas dos indígenas e escravos, é possível notar que o Brasil foi um país de nítida atividade extrativa, pelo colonizador portuguesa, sendo desta influência que decorreu a uniformização dos valores, por imposição portuguesa. Assim, mesmo após a independência, manteve-se a mesma epistemologia empregada e imposta pelos portugueses. Constatações são observadas pela própria imposição da língua oficial no Brasil, que é a língua portuguesa, sendo completamente desconsiderada qualquer referência aos tradicionais habitantes nativos (indígenas). Em contrapartida, outros países da América Latina possuem mais de uma língua oficial em respeito aos tradicionais habitantes da localidade. Países como Chile e Venezuela adotam como língua oficial o espanhol, contudo reconhecem que há parcela da população que preservam as línguas nativas indígenas. O Paraguai adota como línguas oficiais o Espanhol e o Guaraní, enquanto a Bolívia, além do Espanhol, reconhece mais 34 línguas como oficiais de seu país, sendo um autêntico Estado Plurinacional.

⁶ Após a independência, por longos anos, o Brasil continuou utilizando as leis de Portugal, como as Ordenações Afonsinas e Manuelinas, sendo que em âmbito civil, só veio a ter um Código próprio em 1916.

cultura jurídica autenticamente latino-americana” (WOLKMER, 2007, p. 53), a América Latina vive sob uma “redoma”, em que pese muitos países já fossem independentes de seus colonizadores.

Com o aporte prático do novo constitucionalismo latino-americano tem-se a possibilidade de ampliar a fundamentação jurídica do Estado sob o viés da América Latina. O fenômeno que vem sendo chamado “refundação do Estado” é originário das mudanças ocorridas na positivação dos textos constitucionais de alguns países da América Latina no final do século XX e início do século XXI, que traz consigo profundas modificações na estrutura do Estado, passando a adotar perfil verdadeiramente democrático e pluralista (plurinacional, inclusivista).

Com efeito, sob a ideia de refundação do Estado, trazida por Santos (2010, p. 70), é preciso ponderar alguns argumentos. Inicialmente de que, “refundar o Estado não significa elimina-lo, ao contrário! Pressupõe reconhecer suas capacidades de engenharia social que justificam a tarefa política de refundação.

Ademais, “a luta pela refundação do Estado não é uma luta política no sentido estrito, senão também uma luta social, cultural, por símbolos, mentalidades, hábitos e subjetividades. É uma luta por uma nova hegemonia⁷” (SANTOS, 2010, p. 70), respaldada no reconhecimento e no respeito nas diferenças existentes, como condição ao alcance e preservação da própria dignidade da pessoa humana.

Nesta senda, Barroso reforça a necessidade de se analisar a dignidade da pessoa humana como princípio que “identifica um espaço de integridade moral a ser assegurado a todas as pessoas por sua só existência no mundo. É um respeito à criação, independentemente da crença que se professe quanto à sua origem” (2003, p. 323). Assim sendo, a dignidade relaciona-se tanto com a liberdade e os valores do espírito como com as condições materiais de subsistência.

Portanto, é possível concluir que tal proposta não se refere simplesmente em exigir do aparato estatal a tutela dos direitos, mas de modificar a própria sociedade civil. Neste sentido, permitindo - efetivamente - a participação dos grupos minoritários ou vulneráveis que foram quase sempre aliados do processo democrático, representando o primeiro passo para a “alteração das estruturas tradicionais de dominação, exclusão e desigualdade que, fora do aparelho de Estado, se encontram enraizadas nas instituições, normas, valores e

⁷ Tradução livre do autor.

identidades coletivas, baseadas em preconceitos de raça, classe e gênero” (VIEIRA, 2001, p. 79).

Importante enfatizar que esta mudança da sociedade se faz com conscientização, com convocações e aberturas à participação, com mediações dialogadas. Na Constituição Federal Brasileira já existe instrumento desta ordem (p.e. as audiências públicas). Contudo, nesses trinta anos de vigência, segue de uso restrito e mal aproveitado.

Nesse cenário, verifica-se que para alcançar a justiça no caso concreto, o ordenamento jurídico precisa ser interpretado conforme a realidade jurídica em que se encontra inserido, respeitando todas as diferenças e peculiaridades que lhe são intrínsecas.

Modernamente, tem-se que os princípios são dotados de normatividade e observa-se claramente a inserção dos mesmos nas Cartas Constitucionais⁸. O termo princípio, *lato sensu*, indica o início, a origem. No Título I da Constituição Federal Brasileira, o termo “princípios fundamentais” denota, segundo Mello (2008, p. 451-452):

[...] disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo.

Importante ressaltar que os princípios são normas que podem ser consideradas de hierarquia superior às regras, pois por meio dos princípios é que se determina o alcance das regras. Não pode haver normas que contrariem o teor constante dos princípios, sob pena de destruir a globalidade do ordenamento jurídico. Princípios e regras devem coexistir de forma harmônica e em sintonia. Conhecer os princípios é requisito obrigatório para aplicar corretamente o direito. Aquele que só conhece as regras ignora principal parcela do direito – o direito deve ser compreendido em um todo coerente, lógico e ordenado (SUNDFELD, 1992, p. 140).

Os princípios devem ser analisados como diretrizes orientadoras ao seu intérprete na determinação semântica das normas. Devem ser utilizados para eliminar as antinomias jurídicas e suprir as lacunas legais existentes. “Na realidade do Direito pós-moderno, de

⁸Neste sentido, deve-se enfatizar que: “Os princípios constitucionais são os conteúdos primários diretores do sistema jurídico normativo fundamental de um Estado. Dotados de originalidade e superioridade material sobre todos os conteúdos que formam o ordenamento jurídico constitucional, os valores firmados pela sociedade são transformados pelo Direito em princípios. Adotados pelo constituinte sedimentam-se nas normas, tornando-se então, pilares que informam e conformam o Direito que rege as relações jurídicas no Estado. São eles, assim, as colunas mestras da grande construção do Direito, cujos fundamentos se afirmam no sistema constitucional. [...] As decisões políticas e jurídicas contidas no ordenamento constitucional obedecem a diretrizes compreendidas na principiologia informadora, no sistema de Direito estabelecido pela sociedade organizada em Estado” (ROCHA, 1994, p. 25-26).

explosão legislativa, recomenda-se um diálogo entre as várias fontes legislativas na tentativa de, a partir das diretrizes de complementaridade e coordenação, orientar o aplicador do Direito” (TARTUCE; TARTUCE, 2007, p. 164). Destarte, mesmo não possuindo uma descrição formal e detalhada como as leis, os princípios representam o sentido norteador na aplicação das normas jurídicas, especialmente na sua conformação harmoniosa com as expectativas da sociedade.

A importância que o constituinte deu ao princípio fica clara no corpo do §2º, do artigo 5º: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Os princípios presentes na Constituição são representados por meio dos valores fundamentais existentes em uma ordem jurídica. Concebem a inspiração para a elaboração e interpretação das demais normas do complexo jurídico. A sua dimensão é axiológica, uma vez que são compostos de valores éticos, sofrendo influências das mutações e evoluções sociais. Ressalta-se ainda que, além da função de melhorar a interpretação das normas e complementar as lacunas legais, representam importante imperativo ao novo constitucionalismo, notadamente o novo constitucionalismo latino-americano.

2 FAMÍLIAS: TUTELA CONSTITUCIONAL E GARANTIA INSTITUCIONAL

Dentre os institutos típicos do direito privado, a “família”, certamente representa o elemento que passou pelo maior processo de transformação no decorrer do tempo. A evolução do modo de vida, das relações interpessoais e do saber epistemológico afetou toda a existência humana, trazendo mudanças naturais em tal processo, repercutindo, por conseguinte, no âmbito familiar.

Historicamente, a família apresenta a suas raízes ditadas pelo Direito Romano, Direito Canônico, apresentando grande influência da cultura judaico-cristã. Nesse contexto, a constituição de família somente era legitimada pelo sacramento, cabendo a Igreja Católica a competência e regulamentação do casamento. Em outras palavras, a família era casamentaria, existindo simbiose entre as expressões “casamento” e “família”.

Assim sendo, no enquadramento da família clássica é preciso destacar algumas características, como: a finalidade de procriação e o pátrio poder. A mulher era tratada como parcialmente capaz, não sendo possível participar do planejamento familiar e tampouco administrar a própria finança.

A família que existia no século XIX tinha apenas fundamentos formais, seus membros se associavam por simples conveniência econômica, havia uma hierarquia entre eles, à mulher era sonhada qualquer autonomia e existência social fora dela. Com o início da implementação de um processo de tratamento isonômico, verifica-se o ingresso da mulher no mercado de trabalho, essa estrutura hierarquizada se transformou. Estando agora em pé de igualdade com o homem (ao menos formalmente), também assumiu as responsabilidades financeiras da casa. Os membros dessa família clássica ficaram em menor número, transformando-a em nuclear.

Todavia, conforme a mencionada evolução da sociedade, diversas repercussões ocorreram na interpretação e caracterização da entidade familiar. Importante mencionar o tratamento igualitário entre “homem e mulher”, que na perspectiva constitucional constitui importante momento histórico de mudança nos conceitos voltados para a família, permitindo a mulher exercer papel fundamental dentro do núcleo familiar.

Ainda sobre a perspectiva de evolução e proteção da Família no decorrer dos tempos, Fachin (1999, p. 146) explica que:

É no lapso do século XX que o projeto de organização do Estado, saído da reação à formulação liberal, calcada na ideia segundo a qual o único dever do Estado era impedir que os indivíduos provocassem danos uns aos outros, registra melhor a passagem para um direito cada vez mais promocional, um Estado-provedor. O Estado-social supera, assim, a mera função protetora-repressora. [...] A proposta assistencial do Estado do bem-estar incluía a família do século XIX, patriarcal, heterossexual, hierarquizada e matrimonializada. Uma família com a qual o Estado de antes se preocupava, mas pouco intervinha; família de diversas missões, dentre elas, as da procriação, da formação de mão-de-obra, da transmissão de patrimônio e de uma base de aprendizado. A configuração moderna escolhe um tipo de família e lhe dá lugar de destaque, e como uma das alienações fundamentais, ‘a família é uma instituição-chave do funcionamento da sociedade, pois é aí que se definem os papéis sociais elementares dos indivíduos’. O público passa a se ocupar do privado, e por isso mesmo o casamento é tido como uma instituição. O modelo de família e o de Estado se ajustam, e o Estado preenche as funções da família em maior grau do que antes.

O marco inicial de superação desses paradigmas, que proporcionou gigantescas transformações na interpretação e aplicação do direito, foi o fenômeno denominado de “Constitucionalização dos Institutos de Direito Privado”.

Este processo foi decorrência lógica da instauração do processo de redemocratização do país, que foi iniciado com a promulgação da Constituição Federal de 1988, promovendo a massificação da funcionalização do direito privado, que sobejou profundas modificações nos diversos ramos do direito. O papel do Estado interventivo, que age com o fim de equilibrar as relações sociais e econômicas, permite a concepção da ideia da Funcionalização dos Institutos Jurídicos.

A funcionalização é a outorga de certo poder ao Estado que se desdobra como dever à sociedade, pois visa à satisfação de interesses, não meramente próprios ou individuais, e afeta a esfera dos interesses alheios. Neste sentido, a expressão “Função Social” deve ser compreendida como a preocupação com a pessoa humana, não apenas singularmente, mas sim em sociedade.

Eis que, a funcionalização dos Institutos de Direito Privado representa a reconstrução dos principais institutos do direito, e almeja um novo equilíbrio entre os interesses individuais e as necessidades coletivas e sociais. A busca desse novo paradigma surge do desenvolvimento e da evolução natural pela qual passa a sociedade para a melhor adequação do direito.

No âmbito do Direito de Família houve uma desmedida revolução, pois com sua constitucionalização introduziu-se no âmago das relações familiares princípios fundamentais apenas consignados antes no bojo da Constituição. Esses, a partir de então, movimentavam-se no afã de guiar a organização jurídica da família. Passando a abarcar todas as formas de relações interpessoais, abolindo àquela máxima, de que o único modo de Constituição familiar seria o formado e legitimado, tão somente, por meio do casamento entre homem e mulher.

Com a promulgação da Constituição Federal Brasileira de 1988, o teor do art. 226 apresenta um verdadeiro marco na proteção da família ao vislumbrar em seu *caput* que a “família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”. Indubitavelmente, o texto constitucional indica um verdadeiro avanço no tratamento da temática.

Cumprido ressaltar que a família foi elevada ao *status* de “base”, representando elemento primordial de sustentação de um Estado Democrático de Direito, pois qualquer edificação, por mais simples que seja, precisa de um bom alicerce; caso contrário, ruirá. Mais que isso, por representar sustentáculo da sociedade, o próprio Estado deve proporcionar especial proteção para a família; afinal os fundamentos são determinantes na consolidação da soberania do País.

Importante esclarecer que o tratamento constitucional da instituição da entidade familiar não empresta ao substantivo “família” nenhum significado ortodoxo ou da própria técnica jurídica.

A Constituição Federal de 1988, ao adotar a expressão “família”, não limita sua formação a casais heteroafetivos, nem a formalidade cartorária, celebração civil, liturgia religiosa, ou qualquer outra especificidade para a sua tutela.

Família como instituição privada está amparada por todo arcabouço principiológico e normativo existente para a sua proteção. A família como entidade é protegida pelo Estado, nesse sentido, é dela o dever de proteger os seus membros. Ademais, a família, como garantia institucional fomenta uma proteção mais adequada aos direitos fundamentais pertencentes a ela, justamente por se reconhecer “fundamental para a sociedade, bem como a certos direitos fundamentais” (BONAVIDES, 2010, p. 532).

Assim sendo, o núcleo familiar deve ser compreendido como o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais tutelados pela Constituição Federal, proporcionando efetividade aos princípios da igualdade, não-discriminação, dignidade da pessoa e livre planejamento familiar, dentre outros.

A família deve ser compreendida como categoria sociocultural e princípio espiritual, em face da inexistência de caráter reducionista em sua interpretação. Desta forma, dada a diversidade que norteia os próprios seres humanos, consigna-se que é plenamente possível a formação de uma entidade familiar por vias distintas do tradicional casamento civil.

A interpretação demonstrada neste artigo evidencia o avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes, especialmente na aplicação da lei em conformidade com a dignidade da pessoa humana, dado ao seu caráter normativo. Portanto, constata-se a crescente tutela da família na direção da aceitabilidade do pluralismo como categoria sócio-político-cultural que legitima os interesses e anseios da sociedade moderna.

3 NOVAS FORMAÇÕES FAMILIARES: A NECESSÁRIA TUTELA ESTATAL

A garantia institucional da família, insculpida no art. 226, *caput*, da Constituição Federal do Brasil, pressupõe a existência de relações de afeto, assistência e suporte recíprocos entre os seus membros, bem como a existência de um projeto coletivo, permanente e duradouro de vida em comum e a identidade de uns perante os outros e cada um deles diante da sociedade.

Nesse sentido, merece uma especial atenção a compreensão e reflexão sobre os parágrafos do art. 226, pois consignam os pontos mais polêmicos e, ao mesmo tempo, transformadores na compreensão e tutela dos núcleos familiares.

O rol presente no art. 226 inicia-se pela tutela da formação mais antiga de compreensão de família: o casamento. Inclusive, mantendo expressamente sua relação com os preceitos religiosos na conformação das entidades familiares ao tipificar na normativa

constitucional a possibilidade jurídica de estender a cerimônia religiosa os efeitos civis pelo matrimônio estabelecido.

Contudo, a grande inovação na compreensão de entidades familiares se dá a partir da compreensão do § 3º do art. 226 ao expressar que “para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar”. Nesse sentido, o constituinte traz de maneira clara e expressa para o bojo constitucional a tipificação de modalidade familiar de forma estranha ao casamento: a união estável.

Mais que isso! A união estável representa formação de família em características exatamente opostas ao casamento, pois se esse último é compreendido como um ato jurídico formal e solene, a união estável representa exatamente o contrário, pois se trata de uma entidade familiar descomplicada e informal.

Com efeito, a união estável amplia o rol de possibilidade de qualificação de entidades familiares, possuindo como características básicas para a sua caracterização a afetividade, a convivência pública, contínua e duradoura, estabelecida com o objetivo de Constituição de família. Acompanhando a marcha dessa evolução e concepção, o Direito de Família passa a conferir ao afeto um valor jurídico. Acabando por abandonar velhos tabus, e buscando albergar esse novo “valor” na tutela jurídica das relações familiares (PEREIRA, 2006, p. 10).

Assim, “a atribuição de um valor jurídico ao afeto redimensiona a tábua axiológica do Direito e autoriza-nos a falar sobre uma ética do afeto como um dos sustentáculos e pilares do Direito de Família” (PEREIRA, 2006, p. 10).

E ainda, complementa Cunha (2003, p. 86) a respeito do benefício que trouxe a prevalência do afeto nas relações familiares, segundo o qual:

A vantagem maior do afeto é a possibilidade da realização da ternura na vida de cada um, nos momentos de paz e nas ameaças de conflito. Uma ética que parta desta dimensão e atravesse os caminhos da amizade e da política tem tudo para fazer os homens mais homens. A felicidade segue sendo uma hipótese. Mais uma hipótese real, de um mundo real. E num mundo com essas características, a norma emanada da vida e não para a vida. O único sonho universalista num cenário como este é o da Constituição de um universo moral, de uma comunidade ética.

Aqui se vê uma ruptura, se o que antes ligava os indivíduos de uma família era a dependência econômica, agora passa a ser os elos de afeto, pois a mulher não mais depende financeiramente do homem. O que também provocou nuances no modo de conceber as famílias, de nucleares elas tomaram as mais variadas formas.

Assim, existem famílias monoparentais, anaparentais,⁹ recompostas, adotivas, binucleares, mães solteiras quer seja por divórcio, ou por produção independente, pais criando seus filhos sozinhos, casais com filhos de casamentos anteriores e seus novos filhos, tios e avôs criando filhos de seus familiares, casais sem filhos, as formadas por pares homoafetivos, parentalidade socioafetiva, e coexistindo a essas, aquela que pode ser chamar de *tradicional*, a nuclear.

Diante dessa nova premissa que paira sobre as relações familiares, que eleva o afeto ao grau de *princípio norteador*, reportando o progresso constitucional referente à sua proteção que consta no Capítulo VII da Constituição Federal: à Família, à Criança, ao Adolescente e ao Idoso.

3.1 O Novo Constitucionalismo Latino-Americano como instrumento Teórico-Pragmático de reconhecimento das diferentes formações familiares

Diante das diferenças apontadas entre o neoconstitucionalismo e o novo constitucionalismo latino-americano quanto às questões que envolvem o direito de família, especialmente sua tutela e regulamentação pelo Estado, conjectura-se posicionamento em favor de que argumentações e analogias decorrentes deste último constitucionalismo possam ser utilizadas, ante ao fato de corroborarem condições de proporcionar a real expressão que as diferentes formações familiares almejam.

O constitucionalismo contido na Constituição Federal de 1988, apesar de trazer grandes inovações, pressupôs a uniformização dos fundamentos valorativos de nossa sociedade. A pretensão, na verdade, de estabelecer uma unidade lógica entre os ramos do direito, e isso inclui o direito de família, fazendo com que se excluam os próprios anseios sociais, promovendo alienação das individualidades, desrespeito e desconsideração à diferença e ao acultramento.

Eis que, proporcionou-se às diferentes formações familiares desvalimento e omissão, restando a estas apenas se conformarem com a taxaço de uniões imorais, contrárias aos bons costumes, que afrontam a família tradicional brasileira, eivadas de promiscuidades, além de incitar o ódio e a intolerância. Relegadas à categoria marginal de não terem direito de serem tuteladas pelo Estado.

Ora, a uniformização dos valores, a normalização dos comportamentos, logo, a pré-compreensão de que se conhece “o outro”, “o diferente”, sem sequer dialogar com ele,

⁹ Família *anaparental* é aquela constituída apenas por irmãos, pois inexistem diferenças de graus de parentesco entre seus membros. (DIAS, 2007. p. 197).

criam ideologias e práticas deturpadas sobre a questão. Fato que se reflete na demora, no desleixo da atuação estatal e até mesmo em projetos de instrumentos legais que contrariam totalmente o anseio social.¹⁰

Retomando os aspectos presentes no Texto Constitucional de 1988, especificamente no Preâmbulo, que ao estabelecer que compete ao Estado tutelar os valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, por este trecho podemos constatar a presença de um “ideal pluralista e comunitário deverá ser concretizado pela sociedade” (MARTIN SIMON, 2018, p. 154-155).

Ademais, é através do resguardo aos “direitos sociais, à segurança à igualdade, entre outros [...], busca-se tutelar a diversidade, a multiculturalidade e os tantos grupos que pertencem à nossa sociedade em sua diferença, em sua ‘outridade’” (MARTIN SIMON, 2018, p. 155).¹¹ De maneira contrária, a racionalidade que envolve o Estado Constitucional, apesar de formalmente democratizado, é a que “sustenta esta uniformização”. Eis que:

A ideologia que justifica tudo isto é a existência de um suposto “pacto social” ou “contrato social”, ou qualquer outra ideia que procura identificar nas bases destas sociedades americanas um suposto acordo uniformizador, como se as populações originárias tivessem aberto mão de sua história e cultura para assumir o direito de família e o direito de propriedade do invasor europeu, que continuou no poder com seus descendentes brancos e mestiços a partir dos processos de independência no século XIX (MAGALHÃES, 2008, p. 208).

Ora, o novo constitucionalismo latino-americano “reconhece a democracia participativa e dialógica como base da democracia representativa e garante a existência de formas de constituição da família e da economia segundo os valores tradicionais dos diversos grupos sociais (étnicos e culturais) existentes” (MAGALHÃES, 2008, p. 208).

Com efeito, ao se valer das ideias do novo constitucionalismo latino-americano no que diz respeito à tutela das famílias tem-se a expectativa de que seja possível fazer incidir sob o panorama da Constituição Federal de 1988 uma abertura verdadeiramente democrática, participativa e dialogada. No intento de se rescindir com os fundamentos meramente teóricos e retóricos que pairam sob a Carta Magna que se refute a democracia

¹⁰ Estatuto da família da Câmara dos Deputados (Projeto de Lei n. 6583/2013) reproduz a discriminação, a dominação e a classificação das formações familiares, entre mais ou menos família, retirando da própria concepção da instituição família a ideia de diversidade, de singularidade, de identidade de seus membros e de sua Constituição.

¹¹ Neste sentido, valendo-se da mesma concepção democrática que norteou a Carta de Outubro, o entendimento de Lévinas trazido por Hutchens, aduz que: “a democracia, que sempre tem o potencial de criar uma legislação melhor e a tendência de inspirar excelência, é admirável pelo fato de fazer com que a justiça seja uma possibilidade do pluralismo”. (HUTCHENS, 2009, p. 139).

puramente representativa, tem a aptidão para reconduzir a democracia que acolhe e assegure as manifestações, demandas e os anseios das vozes contramajoritárias.¹²

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A realidade encetada pela Constituição Federal brasileira nesses 30 anos de sua promulgação perpassou, no decorrer deste tempo, por diversos influxos sociais, nos quais teve a função de promover a conciliação. Originariamente, a Carta Magna agenciou a composição de conflitos por meio dos princípios fundamentais que a norteava, especialmente sob a justificativa de tutela da dignidade humana.

Outros tantos valores foram elevados à categoria normativa, com o intuito de fomentar caráter de humanidade (subjetivo) à letra fria da lei, bem como no afã de tutelar a diversidade humana e os diferentes grupos vulneráveis e minorias que formam a sociedade brasileira. Fato que outorga à Constituição Federal de 1988 como o marco da retomada democrática e do acolhimento dos diferentes e das diferenças.

Atualmente, reputa-se ao afeto como valor jurídico-constitucional provedor do *status* nuclear da família. Se, no passado, a afetividade era presumida em razão do vínculo jurídico da existência de uma família, no plano atual trata-se do elemento responsável pela visibilidade e continuidade das relações familiares.

Assim sendo, a compreensão de entidade familiar deve levar em conta elementos subjetivos sopesados pelo amor existente entre os envolvidos, a convivência, a união (envolvendo os sorrisos, choros, conquistas, derrotas, brigas e reconciliações), ou seja, o importante é que um membro cuide do outro ao longo da relação para a sua caracterização como “entidade familiar”. Trata-se de um conceito *sui generis*, aberto, inclusivo e não discriminatório que se amolda conforme a situação.

É a partir deste processo constitucional de institucionalização mais ampla e concreta da democracia é que se fundamenta a ideia de tutela das famílias pelo novo constitucionalismo latino-americano. Assim, ao se possibilitar que os próprios cidadãos se manifestem para a formulação das leis que, no caso brasileiro, pode ser expressado, p.e., por meio das audiências públicas, tem-se condições de incluir as mais diversas formações familiares, desmistificando a entranhada uniformização europeia.

¹² Neste sentido, tem-se que “A democracia pluralista não visa a unanimidade que, de resto, é sempre impossível. O que ela objetiva é, precisamente, uma institucionalização do dissenso, o que significa dizer que os representantes dos mais variados interesses são livres para promoverem a sua causa desde, é óbvio, que adotados meios legais e democráticos” (BASTOS, 1995. p. 64).

Negar a diversidade familiar é negar a própria diversidade que norteia a natureza e condição humana, bem como as peculiaridades de nossa realidade nacional. Lançar uma realidade fática ao cadafalso da clandestinidade é o caminho mais fácil e cômodo. Contudo, mostra-se totalmente contrário os preceitos constitucionais que protegem as entidades familiares, independente da forma que elas possuem!

É fundamental que os princípios da dignidade da pessoa humana, da solidariedade, da igualdade substancial e da boa-fé e o reconhecimento da diferença, como corolário lógico, tenham incidência sobre as entidades familiares. A tutela constitucional preocupa-se em proteger a família, em suas mais diversas formas, não sendo plausível a manutenção de qualquer conceito preconceituoso, discriminatório e especialmente que se distância da realidade em que a sociedade se encontra inserida.

REFERÊNCIAS

BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. **Revista Diálogo Jurídico**. n. 15. Salvador, 2007.

BARROSO, Luis Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas – limites e possibilidades da Constituição Brasileira**. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de teoria do Estado e ciência política**. São Paulo: Saraiva, 1995.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro. Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional: teoria do Estado e da Constituição**. Direito Constitucional Positivo. 12. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

CUNHA, João Paulo. A ética do afeto. *In*: GROENINGA, Giselle Camara; CUNHA PEREIRA, Rodrigo da (Coord.). **Direito de família e psicanálise: Rumo a uma nova epistemologia**. Rio de Janeiro: Imago, 2003.

DE MELLO, Celso Antonio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DROMI, José Roberto. **La reforma constitucional: el constitucionalismo del “por venir”**. *In*: El derecho publico de finales del siglo: una perspectiva iberoamericana. Madrid: Fundación BBV, 1997.

FACHIN, Luiz Edson. Da função pública ao espaço privado: aspectos da privatização da família no projeto do Estado mínimo. **Revista Arche’Tipon**. Faculdade de Ciências Políticas e Econômicas da Universidade Cândido Mendes. Rio de Janeiro, ano 7, n. 21, set/dez. 1999.

FAJARDO, Raquel Yrigoyen. El horizonte del constitucionalismo pluralista. In: GARAVITO, César Rodríguez. **El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI**. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2011.

FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo garantista e neoconstitucionalismo. Tradução: André Karam Trindade. **Anais do IX Simpósio Nacional de Direito Constitucional**. Academia Brasileira de Direito Constitucional, 2010. Disponível em: www.abdconst.com.br/revista3/luigiferrajoli.pdf. Acesso em: 08 jun. 2018.

HUTCHENS, Benjamin C. **Compreender Lévinas**. Tradução de Vera Mello Joscelyne. 2 ed. Petrópolis: Vozes, 2009.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. Plurinacionalidade e Cosmopolitismo: a Diversidade Cultural das Cidades e Diversidade Comportamental nas Metrôpoles. **Rev. Fac. Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 53, p. 201-216, jul./dez. 2008.

MARTIN SIMON, Andréia Garcia. **A efetividade da acessibilidade por atitudes de alteridade: instrumentos para práticas em um contexto social inclusivo das pessoas com deficiência**. 317 f., 2018, Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP, São Paulo, 2018.

MARTOS, Frederico Thales de Araújo. **Direito Empresarial Moderno**. A função Social da Empresa Contemporânea. São Paulo: Lemos e Cruz, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

ROCHA, Carmem Lucia Antunes. **Princípios Constitucionais da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Refundación del Estado en América Latina: Perspectivas desde una epistemología del Sur**. Peru: RedLatinoamericana de Antropología Jurídica (RELAJU) y la Fundación Ford, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2017.

SUNDFELD, Carlos Ary. **Fundamentos de Direito Público**. São Paulo: Malheiros, 1992.

TARTUCE, Fernanda, TARTUCE Flávio. Lei 11.441/07: Diálogos entre Direito Civil e Direito Processual Civil Quanto à Separação e ao Divórcio Extrajudiciais. *in*: **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, v.9, n. 41, p. 157-173, abr./mai. 2007.

VIEIRA, Liszt. **Os argonautas da cidadania: a sociedade civil na era da globalização**. Rio de Janeiro: Record, 2001.

WOLKMER, Antonio Carlos. Elementos para a Construção de um Pensamento Jurídico Crítico na América Latina. **Revista Opinião Jurídica**, n. 9, 2007.

_____. Pluralismo e crítica do constitucionalismo na América Latina. In: **IX Simpósio Nacional de Direito Constitucional**. Curitiba: Anais da Academia Brasileira de Direito Constitucional, 2010, p. 143-155.